

イエウーダZ・ブルム

『国際法における歴史的権原』

Historic Titles in International Law

by YEHUDA Z. BLUM

Martinus Nijhoff, The Hague

東 壽 太 郎

国際司法裁判所が一九五一年のイギリス・ノールウェイ漁業事件の判決において、ノールウェイ沿岸の湾について、ノールウェイの歴史的権原を承認して以来、領土権原の取得における歴史的権原が、国際裁判や学説においてとりあげられる機会が多くなった。本書はこうした豊富な学説・先例に検討を加えて、国際法における歴史的権原に関する理論的集成をこころみためのである。

著者イエウーダ・Z・ブルムはイエエルサレムのヘブライ大学

イエウーダ・Z・ブルム『国際法における歴史的権原』

国際法講師、イスラエル外務省法律顧問参与、イスラエル弁護士会会員という実務家兼理論家である。本書は一九六一年にロンドン大学に提出した学位論文であるが、その前二年間、著者は、イギリス国際法年鑑に連載された一連の領土関係の論文をもってしられるロンドン大学教授N・ジョンソンの助言と指導を受けている。歴史的権原の問題は海洋法上の問題として論じられる機会が多かったが、問題は海洋法上の問題に限定されるものではなく、また問題は黙認の法理や禁反言の法理との関連

からも考察されるべきであり、さらに国際慣習法の形成過程全体との関係の考察も必要であるという著者の立場はN・ジョンソン教授の影響を物語るものと理解してよいであろう。

本書は七章三六〇頁に及ぶ論文であって、論証の詳細をここに紹介することは簡単でないが、筆者が特に注目し価値を考へる論点を紹介しておきたいと思う。第一章は導入部で、第二章以下、国際法における時効、歴史的権原の法的基礎としての黙認(第三章)、歴史的権原の形成のための必要条件とその構成要素(第四章)、歴史的権原取得に関する解釈と証拠の諸問題(第五章)、特に海上歴史的権原の形成に関する法的側面(第六章)、結論(第七章)という構成をとっている。

#### Ⅱ 序 論Ⅴ

領土取得に関する国際法の規則は、国際法学の中心的課題であったが、近代国際法が中世的概念から脱して以来、国家領域の概念自体は相当の変化をうけてきた。かつては私有財産の取得に関するローマ法の規則が、国家領域の取得に適用されていたからである。

最近になって国際裁判所が領域紛争について判決することが多くなったが、いぜんとして多くの疑問と不安定を除去できないままである。その原因は、国際法学者が理論的文類 *doctrinal classification* に関心をもち、相矛盾する法的現象の調和的

説明に主な努力を傾けているのに対し、国際法実務家は、国際法上いかなる権原が正当であるかということより、どちらの権原がより優れているかということに関心をもちていることから生じている。(二頁) 伝統的な領土取得の態様の分類方法の混乱は、この分野における国際法規の不安定を示すものである。

本書は国際的権原一般を扱うのではなく、「歴史的権原」の名称の下に論じられている問題に範囲を限定する。

さて、国際法において、領土取得が問題とされるとき、時効の法理がもち出されることが多いが、歴史的権原の成立過程と検討が目的とされる場合には、消滅時効ではなくて取得時効だけが問題の対象となる。ところで、もともとは不法な権原が国際法上有効かどうかを論ずるとき、時効という用語を使うことには疑問がある。その理由は次のごときものである。

ローマ法及び英法における時効を比較検討するとき、ローマ法においては時間の要素が主たる要素であり、証拠法上の制度としては重要な意義をもっていない。英法の場合は反対に、時効は基本的には証拠法上の道具であって、長期にわたる占有 *possessio longi temporis* はコモン・ローに対して補助的意味をもつ制定法で認められるだけであり、時効は時間の経過は規則に合致しているという推定に役立つ証拠的価値しかない。したがって、ローマ法系国出身の国際法学者は時間の要素を欠く時効を肯定しないのであり、英米法系国出身者はかかるコモン

・ロー的時効の觀念に傾くのである。問題の混乱がこのように形で見れるので、国際法上では時効という用語をすて、*consolidation* という用語をもってかえることが行われるのである。国際法における時効の存在をさまざまの表現で証明する試みが行われているが、(例は一二―一四頁) いずれも欠陥をもっている。例えば、領域「拋棄の推定」の理論も法的矛盾をもっている。つまり、この理論によれば紛争領域の拋棄が推定されるとき、その領土は無主地となり、先占の対象となる。しかし、時効は、前の所有国はその権利を拋棄しなかつたという逆の仮定に基礎をおいているのである。(一四頁)

国際裁判で時効が援用されるとき、いずれの場合にも裁判所は沈黙をまもってきたが、それは、裁判所自身が国際法の分野におけるこの法理の適用可能性に疑問をいだいていたことを意味すると解釈されるだけである。(二五頁) 国家慣行を検討しても、ときに時効が援用されるとき、その事件限りの特別の規則として用いるという形で援用されるだけであつた。

こうしてみると、時効という国内法上の権原と国際法上の歴史的権原の間に存在する目的(秩序の維持)が類似しているにもかかわらず、両権原の法的基盤の相違を考慮しておかなければならない。国内法では、本来有効でない請求に法的有効性を与える判断をする法機関が存在する。しかし、国際法ではかかる機関は存在せず、歴史的権原の存在するための法的基盤は別の

ところに求められなければならない。より古く不十分な法形式機構、すなわち慣習による形成に立戻らざるをえないのである。しかも歴史的権原は、その有効性と適用の範囲が限定されている点で、通常の慣習法規とはことなるところの国際法の慣習規範とみなされなければならないのである。(四頁)

第三章では黙認 *acquiescence* の法理を検討する。まず慣習の形成においてはたす時間の要素の役割をみると、それは、ソレンセンの見解も示すごとく、慣行の一般性 *generality of custom* の問題と密接不十分に結合している。その一般性は普遍性を必要としないが、圧倒的多数の国の適用を必要とする。(四〇頁) さらに時間の要素(客観的要素)の他に、主観的あるいは心理的要素も必要である。一定の国際慣習を国が法の規則として承認し受諾するということがの本質は国家意志の表明である。それによって慣習は究極の法的有効性をうるのである。(四五頁) 他方第三の理論として、国際慣習の形成にあつて

主観的要素はなくてもすむかもしれないものがある。常設国際司法裁判所と国際司法裁判所は、国際慣習規範の形成における主観的要素の存在を強調する伝統的かつ一般に承認された理論を支持してきた。(四二―四五頁)

黙認は法的確信が存在するに至るための、国際慣習規範の前提であるという主張は、慣習国際法の合意的基礎 *consensual basis* を主張するのと同じであると思われる。国際慣習は黙示

の合意であり、国の自由な意志にもとづくものである。ケルゼンはすべての国家の合意ということは仮説であって、それでは新しく成立した国家に適用可能となることを説明できないと批判したが、この点では、国家の同意は、新しい法の規則の形成時にのみ必要なもので、新しい規則は不同意国を拘束しえないものであるという反論が行われている。(四八頁)

同意を国際法の拘束力の基礎とすると、国際関係において同意を表明する主たる手段たる承認を實際上導入することになる。承認は今日までのところ国家や政府の承認問題に限定されてはいない。それは一般的性格をもち、また広い実際の範囲と、より大きな潜在的範囲とをもつのである。二つの国がそれぞれ独立の共同体たることを承認し、法的関係をもつという主権理論も承認論から説明することができるくらいである。(四九頁)

シュワルツェンバーガーは、承認は国家のある情況あるいは行為の存在及び法的効果に対して對抗性 *opposability* を与える手段であるとしたが、一方で公式の承認をしないで消極的承認 *passive toleration* の形式をとることがあるので、これを黙認と呼ぶのである。ここでは承認と黙認の相違は単に表現の態様 *mode of expression* から生ずるだけである。このような角度からみると、黙認を承認理論の一分野とみるか、あるいは同意の原則の一分野とみるかは大したことはない。なぜなら承認と同意とは、承認が一方的通告で有効であるのに対して、同意は

意思の合致を必要とするという点で異なるだけだからである。(五二頁)

慣習国際法の性質、生成過程、構成要素、拘束力はこのように一般的性格をもつものである。そこで量的にも適用範囲の上でも限定された特別慣習国際法についてみると、その形成において、時間的要素は決定的重要性をもたない。したがって海上領域のごとく、既存の法秩序に変更をもたらすような特別慣習国際法の形成のような場合には、歴史的要素の考慮を必要とする。(五四～五五頁) 漁業事件でイギリスが黙認の不存在を主張し、ノールウェイがその特別慣習法たる歴史的水域の主張をしたのは、このような理由によったからであった。

特別慣習法上の権利はその成熟のために固定した期間というものが必要としない。これは黙認についても、時効についてもそうであるが、時効の場合は援用国の信義誠実が要請される。したがって既存の法秩序に変更をもたらすことになる歴史的権原については、黙認が必要な要素とされるのである。かくして *MacGibbon, Hyde* などは歴史的権利の法的基礎として黙認をあげるのである。(六〇～六五頁) 国際学術団体の立法例や国際裁判所の判決、国家慣行も同様である。

コモン・ロー諸国において承認されている禁反言 *estoppel* の法理は黙認の概念と密接に関連している。禁反言の法理については、それが証拠法上の法理であるか、あるいは実体法上の法

理であるかについて論がわかれているが、黙認とは一方当事国の不作為あるいは沈黙がその権利を損うという点で関係がある。一九六〇年のスペイン国王仲裁裁定事件や一九六二年のプレア・ビヘア寺院事件において、禁反言の法理が援用されたが、国際司法裁判所は *estoppel* という用語を用いなかった。フィッツモーリスは黙認が一定の場合には禁反言として作用することがありうるとしたが、次のような理由によって、黙認と禁反言とは同一視することはできない。第一に、禁反言が援用され得るのは、援用国がある権利を得たときに、それが他国の権利と抵触していることをしらないときであり、黙認が承認されるのは、双方が抵触を知っているときだからである。第二に、禁反言の法理は、相手国の沈黙や不作為を信頼した結果、援用国が損害をうけた場合に適用されるが、領土権原の取得の場合には、むしろ相手国が損害をうける事態である。第三に、この法理は援用国の信義誠実にもとづく行為の推定からなりたっている。しかし、領土権に関する事件ではそれが欠ける場合がある。第四に、禁反言は当事国間で援用されるもので、第三国に対して影響しない。しかし、領土上の請求は究極的には万人に対して *erga omnes* 有効性を主張するものである。このようにして、国際法における歴史的権原の形成の基礎として禁反言を援用することはできないのである。

△歴史的権原の形成のための必要条件とその構成要素▽

イェウーダ・Z・ブルム『国際法における歴史的権原』

かくして歴史的権原形成の法的基礎は黙認の推定である。その黙認は、本来なら国家が反対意志を表明するかあるいはある行為をとるべきときに、沈黙あるいは不作為をすることによって生ずるところの、基本的には消極的な概念である。したがって、真にかかる推定が成立するかどうかを検証するための、黙認の要件の考察を必要とする。

理論も慣行も、歴史的権原の確立には、請求国による「継続的」 *continuous* か「平穩」 *peaceful* な権能の行使を必要としている。これら二つの要件をさらに検討していくと、「継続的」ということは、紛争地域に対する請求国による明確な主権の表示——効果的占有——を要するということであり、「平穩」という要件は、表面に現われない黙認の援用である。というのは黙認は、紛争地域における権能の表示によって影響をうける国家の側に、そのような効果的占有に対する反対が欠けていることを示すからである。もちろん法的見地からいえば、歴史的権原の法的有効性を証明するのは効果的占有という事実ではなくて、黙認の推定である。しかし、それを正当化する事実状態が存在しなければ、かかる推定は成立しえない。このように、これら二つの要件は相互依存の關係にあり、取得時効を歴史的権原のルートとするジョンソンによれば、それらの關係は、「一方当事国による権能の表示、他方当事国によるその表示に対する黙認——これらが取得時効の必要条件である。」(一〇〇頁)

まず、国家権能の有効な表示方法については、一般的適用に耐える規則の形成はできないで、各場合の事情に依存する。その際に主な問題は、(a)権能の行使が継続的であったかどうか、(b)権能は主権者として行動する意図と意志をもって行使されたか、(c)その事情に適切な態様で、国家権能の表示の十分な証拠が存在するか、ということである。(一一〇頁)

次に、国家権能の表示と黙認の關係が問題となる。歴史上の請求に直面した国家の態度の問題である。まず「黙認」の意義を、行為、反応、反応の欠如という諸点から分析する。(三九節)次に被請求国が領土に関する事情について知っていたかどうかの問題を検討する。(四〇～四三節)

次に黙認は一方当事国の抗議 Protest の欠如という形で現われるので、歴史的権原の形成における抗議の役割の検討が必要となる。(四四～五〇節)

最後に歴史的権原の形成における地理的要素(五一節)、「正当な利益」legitimate interests の役割(経済的、社会的、戦略的要素)(五二節)、時間的要素の役割(五三節)などを詳細に検討する。

△歴史的権原の取得に関する解釈と証拠の諸問題▽

この章における第一の問題は、歴史的請求は、その性質上、遠い過去の出来事にもとづくものなので、かかる例外的権原の請求国が取得したと称する権利が、今日の国際法と非は常に、異なる

法体制の下で創されたものであるということがおこりがちである。そこで、歴史的権原の形成(あるいは解釈)における国際法の役割の問題を扱う。いわゆる Verzijl の時際法 *Intertemporal Law* の問題であるが、時際法の適用の二側面は二つの要件をもつと思われる。第一の原則は、事実はそれが創られた時代の法によって判断されなければならないというもので、国際関係の安定という目的につかえるものである。第二の原則は、過去において取得した権利は国際法の発展がもたらした変化に従って維持されなければ有効性を失うというもので、変化する国際情況に法を適用させる要請につかえるものである。時際法のこの二つの側面の間の基本的相違を承認することは必要であるが、それらが単独に援用されえないことを認識することも同様に重要なことである。それでも、第一の原則が一般に承認されていると思われるのに対して、第二の原則はいぜん大いに論議されている。しかし、裁判判決からみれば、この原則も国際法の分野において承認をうけていることを疑うわけにゆかないのである。(二〇七～八頁)

そこで、この時際法の二側面の調和を得るために、相対立する請求の検証といずれの請求が優越するか決定の出発点となる一定の期日 *critical date* を定めることが必要となる。(五六節)

第三に典型的な領土紛争は二国間の論争であり、そのいずれ

もがその請求を証明する大量の証拠を提出するが、裁判所はその対立する請求のいずれが優越するかを決定しなければならぬ。(五七節)

その他に、举证責任の問題(五八節)がある。通常は *actori incumbit probatis* (原告に举证責任があるが)、歴史的請求の举证責任は、常に歴史的権利の請求国にあり、被告国が歴史的権利を主張するときは、被告国に举证責任がある。これは歴史的請求の例外的性質と一般国際法からの離脱の直接的結果である。(二三八頁)この一般国際法の例外たる性質は、歴史的権原の地理的解釈において、もっとも明白な証拠によって正当化される最小限の地理的範囲に限定することを要請する。(二三八―九頁)

第六章は海上の歴史的権原の法的側面を取扱うが、特に一般の歴史的権原と区別してこの章を設ける理由は、公海が一国のものではなく国際社会全体のものであること、歴史的権原の法理が歴史的湾——したがって海洋法——の分野から発展してきたこと、その論理的結果として、歴史的権原の研究者の大多数が海上の問題に集中してきたこと、さらに海上での歴史的権原は必ずしも排他的権利ばかりでないことなどである。

#### 八結 論

歴史的権原という場合の「歴史的」という形容詞が、国際法上の領土権原取得の諸態様からこの権原を区別する顕著な特色

をもたらしている。すべての権原が一度だけの行為が直ちに効果をもつものであるのに対して、歴史的権原は長期にわたる一連の作為・不作為からなる長い過程の結果であって、それらの行為は、全体として、またその累積的效果を通じて、権原をもたらし、また権原を国際法上有効なものに凝固 *consolidation* させていくのである。漁業事件において歴史的凝固 *historical consolidation* という言葉が用いられて以来、歴史的権原に関する問題の研究者は、歴史的権原の形成過程の下にある法的概念について、歴史的凝固に言及してきた。例えば *De Visser*、*時効と超記憶的占有 immemorial possession* を、黙認という法的基礎にもとづかせることによって、凝固という単一の名称に含めてきた。(三三六頁)

領土権原が長期にわたる継続的な凝固の過程をへて徐々に発展することは、現在のような国際法の不完全な段階の反映にすぎない。高度に発展した社会では中央権力が存在していて、直ちに万人に対して有効な絶対的権原が与えられうる。国際社会はかかる権力を欠くので、領土権も最初は相対的権原であったものが時の経過とともに絶対的権原になるのである。その過程では、凝固によって取得された権原が維持されなければならない。凝固理論は、領土権原の取得とその権原の維持とをあわせて意味するものである。国際法の主体——国家——の存在の長さからみても、権原取得とその維持、消滅に別の規範に適用する

必要があり、凝固理論はこの点では長所をもっている。しかし、同時に、国家がその領土上の各部分について常に権原を確認しなければならぬという点で凝固により取得された権原の弱さをもたらすことになる。(三三七頁)

国際社会の領土構造と領土権原の法的基礎に変更を加えないこの凝固過程は、国際的安全の促進に有益な貢献をすと思われる。歴史的権原の法理はもともとは今では古くなった中世期の観念から、現代国際法のより動的な概念へ国際法を円滑に移すために採用されるものであるが、かつての法の下では有効であった権原が無効になる場合があることを考えると、この新しい法的解釈方法に頼りすぎることによって生ずる危険のあることを知っておかなければならないのである。(三三八～九頁)また国際法秩序全体からみても、国際法の究極の目的は統一的な世界的規模の法体系であり、地域的、地方的あるいはその他の例外的取極は、現在では不可避であるとしても、この目的達成には障害となるということに留意すれば、部分的慣習国際法たるかかる方法が国際社会の利益に反することも指摘されなければならぬのである。(三三九頁)

紹介の方法にもよるのであるが、これまで要約してきたことから理解できるように、ブルムは国際法における歴史的権原が国際法上のその他の領域取得の態様と併存する独立の権原で

あることを証明しようとした。特にN・ジョンソンが行ったように、取得時効を歴史的権原のルートとせず、(一九五〇年イギリス国際法年鑑——国際法における取得時効)明確な分析と論理でその峻別をしたことがその理論体系の柱となったもので注目に価する。しかしその際に豊富に引用された学説、先例の取捨選択については異論もあろう。国際司法裁判所の判決の場合などは、伝統的国際法が用いて来た法的用語ならともかく、ある法体系の中でのみ用いられる法概念を示す用語を用いることを極力さけている傾向がある。禁反言を採用しないのもその一例であった。したがって、裁判所が名を挙げて採用していないから、裁判所はそれを承認していないと判断するという論法は常には成立しないのである。表現は異っても実質的に採用することはある。その意味では、取得時効の存在の否認の方法には問題がある。この時効そのものは国際法上でも合理性が承認されており、適当な判断機関があれば、適用可能な法理と考えられており、そのように、時効が国際法体系の中に理論的に存在し得るものならば、仮に現在には存在していなくても、歴史的権原のルートとなりうるか否かを検討しておくべきであろう。現在存在しないからといって、直ちに歴史的権原のルートを他のところに、この場合には部分慣習法に求めるという考え方には疑問がある。

理論的に重要な点は次の歴史的権原の法的基礎としての黙認

の章であろう。この部分がブルムの歴史的権原論の中核であり、歴史的権原の国際法上の地位を定めたものだからである。ここで、国際法における慣習法の一般的性格を分析し、歴史的権原がかかる一般（普遍）慣習法の一つとして存在するのでなく、むしろ特別（部分）国際法の一つとして存在することを証明した。歴史的権原に対する関心が海洋法上のものとして抱かれている限りは、容易にはこのような着想は生まれまいであろう。公海という一般慣習法上の制度を修正するという観点からすれば、その修正は新たな一般慣習法の成立を意味するからである。国際法一般から歴史的権原を位置づけようとする試みが、この正当な結果をもたらしたものである。黙認が歴史的権原の法的基礎であるということについては、ブルムが引用した学説、先例が示すとおりであって、特に珍しくはないが、その結論の論理的正当性の証明を特に評価したのである。

禁反言の法理と黙認の法理の關係は論議の多いところであり、領土権原論が必ず通らなければならない難所となった感がある。ブルムのいうように黙認と禁反言とを区別することはやはり必要であると思われるが、その例挙された諸理由は必ずしも絶対的理由だけでなく、また第四の理由にあるように、歴史的権利が究極的には万人に対して *erga omnes* 有効性を主張できるものというとき、先述の歴史的権原の特別国際法たる性質の論證との關係が問題となってくる。またブレア・ピア寺院事件で、

フィッツモーリスが指摘したように、理論的には禁反言と区別すべきものであっても、黙認が禁反言として作用しうる場合があるのであって、こうした関連については、今少しの論證があればと思われる。しかし、この問題は、国内法的にもその概念の一定しない——証拠法上の法理か実体法上の法理かなどについて——禁反言の法理の研究の例からアプローチすべき問題であるかもしれない。

第三章までの理論上の重要性と比較して、第四章以下は現実に適用、援用する際の重要問題であるということが出来る。歴史的権原の位置づけの問題自体が不安定であれば、当然これらの問題も不安定とならざるをえないが、一方の領土占有に対する他方の「抗議」のはたす意義については、十分な資料と検討が加えられている。

長いあいだ国際法学界で論議の対象となり、多数の研究者によって部分的なモノグラフターが積重ねられてきたが、歴史的権原の分野に関する限りでは、ようやく一応の集大成が行われたという感がある。しかし、領域論全般からみればまさに「部分」的であって、この問題以外の問題も極めて不安定な情勢である。領域論に深い関心をもつ筆者の読後感は、まだ前途ほど遠しと思うだけである。